

NUEVAS REFLEXIONES EN TORNO A LA PRUEBA ILICITA *

José Luis González Montes

Catedrático de Derecho Procesal. Universidad de Granada.

1. Planteamiento de la cuestión



Como es sabido la STC 114/84, de 29 de noviembre, instaura en nuestro sistema la prohibición de utilizar pruebas que hubieran vulnerado derechos fundamentales en el momento de su obtención, alterando notablemente el panorama de la admisibilidad probatoria en todos los órdenes jurisdiccionales.

Hasta ese momento la admisibilidad de la prueba se supeditaba a la *utilidad* y la *pertinencia* del medio probatorio que se tratara de emplear. Este

* He de agradecer la impagable ayuda que he recibido en la redacción de este trabajo del Profesor Ayudante don José Antonio Díaz Cabiale, y el material que me ha brindado de sus estancias en la Universidad de Oxford y la Law School de la Universidad de Chicago, sobre todo el relativo a la jurisprudencia norteamericana.

es precisamente el esquema que plantea el artículo 565 LEC y que su homónimo de la LECRIM, el artículo 659, repite.

Sin embargo, el pronunciamiento del TC, antes señalado, provocará la inclusión de una enmienda al proyecto del LOPJ que por entonces se tramitaba en el Parlamento, dando lugar a la actual redacción del artículo 11.1 de la LOPJ, que, en su último inciso, señala: “*No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.*”

Desde que esas líneas pasaron a formar parte del ordenamiento procesal español se ha producido un considerable número de trabajos, entre ellos uno mío¹, que han abordado la cuestión. Parecería por tanto que a estas alturas nada o casi nada nuevo podría decirse. Sin embargo, desde la perspectiva que me ofrece la dirección de una tesis sobre esta materia, me gustaría realizar algunas reflexiones sobre aspectos que han quedado en la sombra, pero que estimo de indudable interés, sobre todo, las relativas a las referencias comparativas que la citada sentencia realiza al sistema y jurisprudencia norteamericanos.

En primer lugar hay que hacer constar que el pronunciamiento del TC supuso un giro radical en la postura adoptada por la jurisprudencia frente al tema que nos ocupa, incluso no habían faltado resoluciones del mismo intérprete de la Constitución que negaban que la ilicitud probatoria fuera una causa de inadmisión del medio probatorio en cuestión, como los ATC 173/84, de 21 de marzo de 1984, y ATC 289/84, de 16 de mayo, en los que se afirmaba que la circunstancia indicada de la ilicitud probatoria “no se apoya en ninguna norma de Derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en que apoyar tal principio y doctrina; y porque, a su vez, dicho principio general del Derecho no se encuentra reconocido por la Jurisprudencia y, como se reconoce en la demanda, es sólo una mera aspiración que han patrocinado de *lege ferenda* para incorporarla al Derecho positivo civil algunos procesalistas españoles”.

Ciertamente la STC 114/84 recogía una vieja aspiración que un gran sector doctrinal venía reclamando desde antaño, y que se había plasmado fundamentalmente en el artículo 549.1 de la Corrección y Actualización de la Ley de Enjuiciamiento Civil por los Profesores de Derecho Procesal.

¹ GONZALEZ MONTES, José Luis: *La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (El derecho constitucional a la prueba y sus límites)*, RDPProc., 1990, pp. 29 a 44.

2. Análisis del pronunciamiento constitucional

Es por ello que el juicio que merece la STC a que nos venimos refiriendo es positivo. En esta cuestión como en tantas otras relacionadas con el proceso penal, muy especialmente la actividad probatoria a través de la presunción de inocencia, las resoluciones de TC han supuesto un avance que sólo el tiempo está permitiendo apreciar con suficiente perspectiva.

Sin embargo, creo que se hace necesario recapitular sobre algunos de los postulados propugnados en la STC 114/84, que además de ser el origen de la exclusión de las pruebas obtenidas con vulneración de un derecho fundamental, es la única ocasión en que se fundamenta teóricamente dicha postura, puesto que aunque en algunas otras sentencias se ha abordado la misma cuestión, como la STC 64/86, no se ha vuelto a tratar la naturaleza jurídica del mandato contenido en el artículo 11.1 LOPJ.

En líneas generales el desarrollo de la resolución del TC responde al siguiente esquema:

- a) En primer lugar se pretende dejar claro que la cuestión no forma parte del contenido de cada uno de los derechos fundamentales (FJ 1.º).
- b) Por otro lado, el TC también se pronuncia de forma negativa acerca de la existencia de un posible derecho fundamental autónomo que impida la admisión de una prueba ilícita (FJ 2.º).
- c) Tras haber delimitado los dos principios anteriores, y admitiendo que, sin embargo, es una cuestión con indudable trascendencia constitucional, se decanta por incluirla dentro de las garantías procesales que aparecen en el artículo 24.2 CE (FFJJ 4.º y 5.º).

En la primera aproximación desde el punto de vista práctico al planteamiento expuesto, ha de reconocerse una cierta habilidad por parte de nuestro más Alto Tribunal. Si se hubiera entendido que la prohibición de utilizar pruebas que han vulnerado un derecho fundamental forma parte de la propia esencia de esos mismos derechos, se hubiera dificultado el acceso al amparo, pues el TC tendría que entrar a una revisión del juicio fáctico formulado por la jurisdicción ordinaria, más que dudoso ante la redacción del artículo 44, 1.b), LOTC, mientras que si resulta ser una exigencia del artículo 24 CE el acceso al amparo está suficientemente justificado.

En cualquier caso, es evidente que la revisión fáctica se producirá, pero la justificación para la misma queda sentada. Así por ejemplo, cuando se alega que la declaración del acusado se produjo durante una detención ilegal,

el TC deberá entrar a conocer sobre si la decisión de la jurisdicción ordinaria en torno a la concurrencia o no de los presupuestos legales de la detención es acertada, argumentando que se produjo directamente una lesión de las garantías contempladas en el artículo 24 CE. No está de más recordar que el propio TC en los ATC 173/84 y 289/84 veía esta cuestión como un obstáculo insalvable, llegando a decir que “se trataría de un problema de mera legalidad, totalmente ajeno al control de este Tribunal”. Cosa que vuelve a reconocer el FJ 1.º de la sentencia 114/84.

Mayor problemática presenta el análisis teórico del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

En primer lugar, aunque no exista un derecho autónomo a impedir que se admitan pruebas con contenido antijurídico, parece claro que sí existe un derecho a excluir aquellas que se obtuvieron con vulneración de un derecho fundamental. Que tal derecho se encuadre, según el TC, en el concepto de un proceso con todas las garantías, y más concretamente en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, no excluye la verdad de la afirmación anterior.

Siendo cierta esta circunstancia, la primera cuestión a resolver es el motivo por el que el TC no considera a la exclusión de las pruebas ilícitas como un derecho fundamental, “Estamos así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo— ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental” (párrafo primero, *in fine*, del fundamento jurídico cuarto de la STC 114/84), repitiendo en el mismo pronunciamiento que se trata de “una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales” (FJ 2.º).

En este sentido, hay que recordar que el TC no ofrece una argumentación con verdadero peso específico, ya que esta distinción entre garantía objetiva y derecho fundamental se articula fundamentalmente de forma dogmática y citando como apoyo la jurisprudencia norteamericana en los mencionados fundamentos 2.º (United States vs. Janis 1976)² y 4.º (*deterrent effect*).

En nuestra opinión, la distinción entre garantías objetivas y derechos fundamentales no es tan clara como se pretende hacer ver en el pronunciamiento constitucional. Es cierto que el posible mandato a los poderes públi-

² 428 U.S. 433 (1976).

cos, en este caso al Poder Judicial, para que evite que se introduzcan elementos probatorios que han lesionado un derecho fundamental no responde a los patrones tradicionales de lo que es un derecho subjetivo. El problema es si los derechos subjetivos y los derechos fundamentales son una misma cosa. Es evidente que para una concepción individual-liberalista el derecho fundamental debe ser ante todo un derecho subjetivo que se reconoce frente al Estado. Ahora bien, ésta no es la única perspectiva desde la que se pueden enfocar los derechos fundamentales, como señala Baño León: “La propia Constitución construye los derechos fundamentales tanto con derechos subjetivos como con la garantía de ciertas instituciones o con la fijación de mandatos al legislador que éste ha de concretar. Este es el aspecto objetivo de los derechos fundamentales cuya relevancia hay que ponderar adecuadamente, como no ha dudado en hacer nuestro TC”³.

Desde esta perspectiva, el mismo artículo 24 puede interpretarse como la consagración del derecho a la tutela efectiva, articulada a través de unas garantías, artículo 24.2, que aunque pueden construirse como derechos subjetivos parecen responder también a la idea de garantías objetivas. Piénsese, por ejemplo, en la presunción de inocencia, a la que se llega a considerar como uno de los principios del proceso penal dentro de la valoración de prueba (Gimeno Sendra)⁴, que exige a su vez una serie de garantías.

¿Y acaso esas circunstancias llevan a negar la naturaleza de derecho fundamental de la presunción de inocencia y de sus concreciones? Afirma Vázquez Sotelo que “La presunción de inocencia constituye la *primera garantía* que el vigente proceso penal español, ahora bajo la tutela de las normas constitucionales, establece en favor de todo ciudadano que se encuentra sometido o implicado en él. Y tal garantía se establece y protege como un *derecho fundamental de rango constitucional*”⁵. Por su parte, Vega Torres⁶ defiende en su tesis el triple sentido de la presunción de inocencia: a) concepto fundamental en torno al cual se construye un modelo de proceso penal; b) postulado directamente referido al tratamiento del imputado; c) regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia

³ BAÑO LEÓN, José María: “Derecho Fundamental y garantía institucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 159 y 160.

⁴ GIMENO SENDRA, Vicente; con CORTES DOMINGUEZ, Valentín; MORENO CATENA, Víctor, y ALMAGRO NOSETE, José: “Derecho Procesal”, tomo II, *Proceso Penal*, Valencia, 1990, p. 78.

⁵ VAZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, 1984, p. 268.

⁶ VEGA TORRES, Jaime: *La presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, Madrid, 1992, pp. 38 y 39, tesis inédita.

en el ámbito probatorio. Con estos planteamientos no parece posible distinguir entre la exigencia de que exista una mínima actividad probatoria de cargo, con la de que esa actividad se haya producido con el máximo respeto a las garantías constitucionales, en cuanto que ambas son concreciones de la presunción de inocencia, garantías objetivas en sí, pero a la vez derechos fundamentales.

En resumen, no resulta nada claro que a la vista del artículo 24.2 CE se pueda argumentar que la imposibilidad de valerse de pruebas que lesionaron un derecho fundamental no sea una concreción más de la presunción de inocencia, y que por tanto es el mismo desarrollo de la esencia de un derecho fundamental, que no derecho subjetivo, y que goza de esa naturaleza.

En definitiva, el TC se ha basado fundamentalmente para argumentar lo anterior, como advertíamos, en la formulación norteamericana de la *exclusionary rule* (regla de exclusión) como una manifestación del *deterrent effect* (efecto preventivo o disuasorio). Así, en el segundo párrafo del fundamento jurídico segundo se cita textualmente la doctrina de la Corte Suprema en *U.S. vs. Janis*⁷.

En nuestra opinión, debe entenderse desafortunada esa referencia a la jurisprudencia norteamericana, o cuando menos una cita parcial y poco significativa de la misma, como más adelante veremos. Principalmente porque al tomarse ese punto de referencia no se han tenido en cuenta varias circunstancias:

1. En primer lugar, si bien la función del TC es equiparable a la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en lo que se refiere a la salvaguarda de los respectivos textos constitucionales y su interpretación, se ha olvidado que el papel que juega la propia jurisprudencia en los países del *common law* es mucho más creativa que la que puede jugar en países de Derecho continental. En los primeros es posible que se llegue a crear un precedente judicial sin necesidad de ubicarlo en el texto constitucional. Y esto es lo que ocurre sin lugar a dudas con la construcción de la *exclusionary rule*, que tras ser creada como precedente llega a adoptarse por la Corte Suprema Federal, incluyéndola dentro del *due process of law* de la decimocuarta enmienda para

⁷ "En suma, puede traerse a colación la doctrina establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos respecto de la *evidence wrongfully obtained* y de la *exclusionary rule*, en cuya virtud, en términos generales, no puede admitirse judicialmente el material probatorio obtenido con violación de la Enmienda a la Constitución. Así en *United States vs. Janis* (1976) la Corte declaró que ... la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada..."

poder extender su ámbito de aplicación a los Estados y generar una uniformidad jurisprudencial en *Mapp vs. Ohio* 1961⁸.

En otras palabras, la jurisprudencia estadounidense puede crear una norma como la que consideramos sin tener por qué encuadrarla en la constitución federal⁹, cosa que resulta mucho más dudosa en nuestro país. Es por eso que, a pesar de no tratarse de un derecho subjetivo, según el TC, se incardina en el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (FJ 5.º STC 114/84).

2. En segundo lugar, tampoco se ha pensado en que la construcción del derecho probatorio, *evidence*, en los países del *common law*, toma cuerpo a través de reglas formuladas en sentido negativo, *exclusionary rules*, debido a la función de filtro que debe cumplir el Juez, ya que la valoración de la prueba la llevará a cabo el jurado. De esta, forma la creación jurisprudencial de una *exclusionary rule* que impida la admisión de una prueba que vulneró un derecho fundamental es lo lógico en aquel sistema. Por contra, pretender importar dicha formulación a nuestro país en su aspecto formal es un error, por tener un sistema jurídico absolutamente distinto.

Por otra parte, el TC español no es consciente del riesgo que entraña la doctrina del *deterrent effect*, quizá porque no se alcanza a entender en toda su extensión el sentido de esa expresión¹⁰.

Resulta que con dicha expresión la Jurisprudencia norteamericana explica la naturaleza de la *exclusionary rule*. Con ella se dice que la esencia de la misma no es un derecho subjetivo, aspecto que recoge nuestro TC, sino que cumple una labor de profilaxis y prevención de las conductas policiales, circunstancia que escapó en su día a nuestro intérprete de la Constitución. Y este segundo aspecto es esencial en cuanto a la virtualidad práctica de la *exclusionary rule*. Pues resulta que si la aplicación de la misma lo que tiende es a prevenir conductas policiales y ésa es la esencia de la expresión *deterrent effect*, no tiene sentido su aplicación en aquellos casos en los que no se refiere a la conducta policial.

⁸ *Mapp vs. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

⁹ Para facilitar la regulación procesal dentro del ámbito civil y penal, se atribuyeron a la Corte Suprema desde 1934, mediante aprobación del Congreso, facultades legislativas (*Rule making Powe*) utilizando una pseudodelegación. Fruto de ella son las Reglas Federales para los procesos civiles, 1938, y para los procesos penales, 1964. Estas "rules" o reglas, así denominadas por no tener un origen propiamente legislativo, aun cuando pueden equipararse a un código procesal están formuladas de manera general, por lo que suelen requerir una tarea de interpretación basada en la discrecionalidad del Juez, junto a los criterios de la Corte Suprema y de la Comisión que va reformando y actualizando esas reglas.

¹⁰ FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús: "Prueba ilegítimamente obtenida", *La Ley*, viernes 23 de marzo de 1990, p. 4.

Es decir, en la sentencia de la Corte Suprema, U.S. vs. Janis (que cita la STC 114/84), lo que se hace es aludir al *deterrent effect* precisamente para justificar la admisión de la prueba que ha vulnerado un derecho fundamental. Esta restricción de la aplicación de la *exclusionary rule* en la Jurisprudencia norteamericana se ha producido fundamentalmente a partir de 1970 en resoluciones como U.S. vs. Calandra¹¹, U.S. vs. Janis¹², Stone vs. Powell¹³..., etcétera. Corriente que ha llegado a sus últimas consecuencias en la formulación de la *good faith exception* o excepción de buena fe, en U.S. vs. Leon¹⁴, en la que se argumenta que cuando la policía obra de buena fe y lesiona un derecho fundamental para obtener material probatorio, no tiene lugar aplicar la *exclusionary rule* pues el efecto preventivo no tendrá lugar, con lo que la prueba debe admitirse en el proceso.

De esta forma la cita del *deterrent effect* y la no consideración de la exclusión de las pruebas que lesionaron un derecho fundamental como parte esencial de los mismos es una construcción no muy ajustada a nuestro sistema.

Quizá lo lógico hubiera sido construir una prohibición relativa al empleo de esa actividad probatoria, como viene haciendo desde hace un par de décadas la Corte Suprema norteamericana, postura que se ha exportado a otros países como Escocia e Irlanda, y no dar origen a una prohibición absoluta, recogida con posterioridad por el artículo 11.1 LOPJ.

Sin embargo, también es cierto que la construcción de la doctrina de la exclusión de las pruebas que se han obtenido con vulneración de un derecho fundamental en nuestro país, aunque se ha formulado con carácter absoluto, de hecho se aplica de forma relativa. Así al igual que ocurre con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, su aplicación se somete a la producción de indefensión, como resultó en la STC 135/89, de 19 de julio¹⁵, o como sucedió en otras muchas STS como la de 10 de noviembre de 1982, R. 7096 (ausencia de letrado), 10 de junio de 1983, R. 3112 y 3116 (mismo motivo), 11 octubre 1984, R. 4836 (mismo motivo).

¹¹ 414 U.S. 338 (1974).

¹² 428 U.S. 433 (1976).

¹³ 428 U.S. 465 (1975).

¹⁴ 468 U.S. 397 (1984).

¹⁵ En este caso (asesinato de Santiago Brouard, miembro de HB) se citó al imputado como testigo, con lo que se privó al mismo de su derecho a la defensa, ni se le leyeron sus derechos ni asistió letrado. En el curso de estas dos comparecencias como testigo llegó a confesarse culpable.

En opinión del TC, ponente Tomás y Valiente, se reconoce que hubo lesión del artículo 24.2 CE, pero no indefensión, ya que existían otros elementos probatorios que permitieron acordar el procesamiento.

Un comentario de la STC puede verse en DAMIÁN MORENO, Juan, "Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida, Comentario a la STC 135/89, de 19 de julio", en *Poder Judicial* núm. 16, pp. 149 y ss.

Además, no se ha tenido presente cómo la mayoría de la doctrina norteamericana especializada ha criticado duramente esa construcción por las consecuencias a que ha conducido (LaFave, Green, etc). E incluso ha existido una fuerte oposición jurisprudencial a esta concepción encabezada por la propia postura del Juez Brennan, a la sazón presidente de la Corte Suprema, en *U.S. vs. Calandra* (1974), antes citado.

Para concluir con el análisis de la Jurisprudencia constitucional sobre la ilicitud probatoria, resta el referirnos al concreto encuadre que se realiza dentro del artículo 24.2 CE. En la STC 114/84 se dice que se enmarca dentro del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, que de esa forma pasa a tener un contenido sustantivo. El panorama se complica, pues la STC 64/86 se refiere a la prohibición de indefensión como otra posible perspectiva. Tampoco puede alabarse este aspecto de la construcción constitucional, pues el tiempo ha venido a demostrar cómo el derecho que se ha entendido vulnerado es la presunción de inocencia.

Este es un momento oportuno para poner de relieve cómo entendemos la articulación de la actividad probatoria dentro del texto constitucional. La actividad probatoria desde la perspectiva constitucional gira en torno a dos derechos fundamentales: la presunción de inocencia y el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes.

Desde nuestra perspectiva, ambos derechos fundamentales se complementan en lo que se refieren a la actividad probatoria, pues su diferencia no se articula tanto respecto del momento procesal en que rigen, sino al aspecto positivo o negativo de la prueba que contemplan cada uno de ellos. El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes se refiere a la posibilidad de valerse de medios de prueba en un proceso, lo que podríamos denominar aspecto positivo. Por su parte, la presunción de inocencia conlleva una revisión de la cantidad y calidad del material probatorio empleado: que haya existido una mínima actividad probatoria, que dicha actividad sea de cargo, y que se haya obtenido con todas las garantías, por lo que en los términos figurados que estamos empleando podríamos hablar de aspecto negativo de la actividad probatoria.

Con estas premisas resulta evidente que el artículo 11.1 encuentra su verdadera naturaleza dentro de la presunción de inocencia (así lo entendía también De la Oliva¹⁶), cosa que la propia Jurisprudencia se ha encargado de poner de relieve.

¹⁶ DE LA OLIVA, Andrés: "Cuatro sentencias del TC: Juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo, secreto del sumario", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 2, 1985.

3. Tratamiento procesal

El último aspecto que nos proponemos abordar consiste en determinar si una vez formulado el artículo 11.1 LOPJ existe alguna posibilidad de hacerlo valer en el proceso penal.

Cuestión que requiere una resolución previa a la determinación del tratamiento procesal es la de tomar partido ante la expresión "No surtirán efecto" utilizada en el artículo 11.1. Pues si se entiende que con dichos términos se pretende evitar la presencia de este tipo de medios de prueba en el proceso, el tratamiento procesal consistirá en buscar mecanismos que procuren evitar la entrada o permanencia de la prueba en las distintas fases procesales, por contra, si se entiende que la expresión referida trata de que el Juez no tome en consideración a la prueba a la hora de dictar sentencia, el mecanismo procesal idóneo será aquel que simplemente permita poner de relieve al Juez el que no tome en cuenta dicho material.

Partiendo del efecto que puede tener en el Juez la ilicitud probatoria en cuanto a su prevención (opinión también compartida por Asencio¹⁷, Pastor Borgoñón¹⁸, Fernández Entralgo¹⁹, González-Cuéllar Serrano²⁰, en la tesis de Vegas Torres se acepta esta postura aunque de forma matizada pues entiende "que no cabe exagerar en cuanto al convencimiento del juzgador *puro*²¹), ya señalaba en mi artículo anterior cómo parece más adecuado tratar de evitar que la prueba viciada llegue o perdure en el proceso. Se trataría en definitiva de impedir la admisión de la misma. Opinión en la que parece coincidir un sector de la doctrina (Asencio Mellado²², López Barja de Quiroga²³ y González-Cuéllar Serrano²⁴).

¹⁷ ASENSIO MELLADO, José María: *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Madrid, 1989, p. 86.

¹⁸ PASTOR BORGONÓN, Blanca: "Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas", *Justicia* 86, pp. 362 y ss.

¹⁹ FERNANDEZ ENTRALGO, Jesús: *Op. cit.*, p. 11.

²⁰ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, p. 334.

²¹ VEGA TORRES, Jaime: *Op. cit.*, p. 212.

²² ASENSIO MELLADO, José María: *Op. Cit.*, Madrid, 1989, pp. 85 y ss.

²³ LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*, Madrid, 1989, p. 146.

²⁴ GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás: *Op. cit.*, p. 334, se limita a señalar que el ciudadano dispone de tres vías: 1) solicitar la inadmisión; 2) exigir la no toma de consideración e incluso la recusación del Juez; 3) recurrir frente a la resolución, incluyendo en amparo.

Se deduce implícitamente que opta por la inadmisión, al ser partidario de la recusación en los supuestos de que se hubiera ya practicado.

Una vez que se llega a la conclusión de que lo preferible es evitar que la prueba acceda al proceso, queda por ver qué mecanismos otorga nuestro ordenamiento procesal para alcanzar tal fin. Si De la Oliva se encargaba de poner de relieve la inexistencia de mecanismos en el proceso civil²⁵ para conseguir dicho fin, el panorama es aún más desalentador en el proceso penal.

Comenzando por el sumario del procedimiento ordinario, habría que distinguir distintas hipótesis:

En primer lugar es posible que las actuaciones policiales contenidas en la denuncia sean las que han lesionado el derecho fundamental, o bien cabe que se aporte al proceso con la querrela el resultado de alguna actuación de la parte que también hubiese conculcado los derechos fundamentales.

No se contempla en este caso posibilidad alguna de practicar un incidente para que se pueda poner de relieve tal circunstancia.

Es bien sabido que a pesar de la dicción del artículo 9 LECRIM en cuanto a la incidentalidad²⁶ o la previsión del 746.1 en cuanto a la posibilidad de suspensión del juicio oral cuando deba decidirse este tipo de cuestiones y no se pueda resolver en el acto, el tratamiento procesal de las cuestiones previas en nuestro ordenamiento es inexistentes²⁷, y sólo cabría pensar en aplicar en virtud de la analogía el régimen previsto para los artículos de previo pronunciamiento como se encarga de señalar Gómez Orbaneja²⁸.

En segundo lugar, cabe que se solicite la práctica de una diligencia que se entienda atentatoria a un derecho fundamental. Tampoco está prevista la posibilidad de recurrir la admisión de una diligencia en el artículo 311 LECRIM. Sólo cabe que el Juez vigile de oficio la contrariedad o no de las mismas a la ley, y por ello también a la Constitución, como indica el artículo 312.

²⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés: *Lecciones de Derecho Procesal con Miguel Angel Fernández*, Madrid, 1991, tomo II, p. 282.

²⁶ Como señala MUÑOZ ROJAS, la LECRIM utiliza tres vocablos: "artículo"; "cuestiones" y "excepciones". *Artículo* equivale a incidente, a procedimiento incidental. Mientras que las "cuestiones previas" son aquellas materias que constituyen el objeto del incidente o artículo de previo pronunciamiento.

MUÑOZ ROJAS, Tomás: "Las cuestiones previas en el proceso penal", *RDProc.*, 1964, pp. 95 y ss.

²⁷ Sobre la ausencia de previsión legislativa acerca de la forma de poner de manifiesto los presupuestos procesales en el proceso penal, puede verse el análisis jurisprudencial de MONTERO AROCA, Juan: "Presupuestos procesales y nulidad de actuaciones en el proceso penal (Evolución jurisprudencial)", *Justicia 81*, núm. especial, pp. 245 y ss.

²⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio: *Derecho Procesal Penal con Vicente Herce Quemada*, Madrid, 1984, p. 105.

Con mayor extensión se ocupa de la misma cuestión en *Comentarios a la LECRIM*, tomo I, Bosch, pp. 136 y 137, así como 273 y ss.

RAMOS MENDEZ, Francisco: *El proceso penal*, Bosch 1991, en la misma línea es partidario de interpretar conforme a la CE el artículo 666, sin que sea *numerus clausus* ni con carácter preclusivo en cuanto al momento de proposición.

Cuando es el mismo Juez el sujeto que ordena la práctica de la diligencia que lesiona el derecho fundamental, sería factible impugnar el auto en el que se permite la restricción del mismo, mediante la interposición de los recursos ordinarios. Ahora bien, si esto es posible respecto de resoluciones como las que ordenan la entrada y registro (art. 546 LECRIM), la detención de la correspondencia, la intervención de las comunicaciones (art. 579), la incomunicación del detenido (520 bis), tampoco existe posibilidad de poner de relieve que la lesión tuvo lugar durante el transcurso de la diligencia al no existir previsión alguna sobre la práctica de un incidente, como antes señalábamos.

Y la situación indicada en último lugar se repite cuando se practica una diligencia que afecta a un derecho fundamental y al tener una previsión legislativa adecuada no necesita de una autorización judicial previa, como ocurre con el ejercicio del derecho de defensa y la asistencia de abogado en la declaración de los detenidos judicialmente (arts. 520 y ss.).

En lo que respecta a la fase intermedia, ni siquiera la preceptiva intervención del imputado tras la SSTC 66/89 y otras parece permitir la alegación de esta circunstancia, el artículo 627 sólo permite solicitar la práctica de diligencias, sino es aplicando la analogía a que nos referíamos para acomodar la regulación prevista para los artículos de previo pronunciamiento.

En lo que se refiere al juicio oral, el panorama no mejora, al ser tasados los artículos de previo pronunciamiento del artículo 666. Además, el artículo 659 LECRIM en su tercer párrafo prohíbe el recurso frente a las pruebas admitidas.

La situación no difiere sustancialmente en el procedimiento abreviado, donde tampoco se prevé cauce específico para la incidentalidad. Con muy buena voluntad puede verse en el artículo 789.4, último inciso, una posibilidad para poner de relieve la lesión de un derecho fundamental, cuando se refiere a que “los que se personaren podrán desde entonces... instar lo que a su derecho convenga”, dentro de las diligencias previas.

En el juicio oral del procedimiento abreviado, el artículo 792 prohíbe la interposición de recurso frente al auto que se pronuncie acerca de la admisibilidad o no de las pruebas. Con lo que la situación es aún más rígida que en el ordinario.

Sin embargo, es evidente que el artículo 793.2 permite la incidentalidad necesaria para alegar la lesión de un derecho fundamental²⁹, aunque no se

²⁹ GOMEZ COLOMER, Juan Luis: “Derecho Jurisdiccional”, III, *Proceso Penal*, con MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y MONTÓN REDONDO, p. 277.

Se refiere a esta “audiencia sanadora” novedad del abreviado, de la que sólo queda claro que terminará mediante auto si se determina la falta de algún presupuesto, artículo 245.1, b), LOPJ.

regule de forma expresa la manera en que debe desarrollarse dicho trámite. Es muy positiva por tanto esta posibilidad, que debería extenderse análogamente al procedimiento ordinario.

Por último, en lo que se refiere a la tramitación de los recursos el artículo 795.2, al regular la apelación en el abreviado, permite alegar la lesión del derecho fundamental. En casación esa circunstancia la permite el artículo 5.4 LOPJ, aunque no puede dejarse de poner de relieve cómo la jurisprudencia del TS ha sido vacilante en cuanto a la forma de tratar la presunción de inocencia, pues hasta 1989 se entendía que la infracción de la misma se trataba como una infracción de ley, mientras que desde esa fecha acá se viene tratando como un quebrantamiento de forma, entre otras cosas, porque como argumenta la STS de 10 de marzo de 1989, R. 2603, el artículo 850.1 LE-CRIM se refiere explícitamente a la cuestión de la admisión probatoria y porque además se produciría la incongruencia de que cuando se entendiera vulnerada la presunción de inocencia en amparo correspondería “retrotraer el procedimiento al momento en el que debió ser observada” (FJ 5.º de la STC 31/81, de 28 de julio, consideraba como el origen del tratamiento de la presunción de inocencia).

